101.

Quæſtio juridica
de
FAVORE JUDICIS

Authore

ANDREA HERTZOG JCto.

Sac: Cæſ: ac Hungariæ & Bohemiæ Regiæ Majeſtatis Fiſci Procuratore per Principatus Suidnicenſem & Jauravienſem.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

1663.

WRATISLAVIÆ,
In Godefridi Joniſchi Officina Libraria reperiendum.

*PERILLUSTRI AC MAGNIFI-
CO DOMINO,
DOMINO*

JOAN-GABRIE-
LI de SELB, &c.

Sac: Cæſ: ac per Hungariam & Bo-
hemiam Regiæ Majeſtatis in Camera
Aulica Conſiliario Meri-
tiſſimo.

Digitized by Google

102.

PERILLUSTRIS AC MAGNIFICE DOMINE,

GRatioſe Patrone. Dignare me, quod humiliter oro, verbis perpaucis, ne in multiloquio vanus ſim aut videar, te condignâ reverentiâ compellare; quibus candidè & rubicundè profiteor, magnam partem qualiscunque laboris & ſudoris mei in communi noſtra Juris arte, mundi judicatrice, impenſi, mihi periturum fuiſſe, niſi affectus tuus peculiaris, & tunc cum Viennæ, ſacræ Themidis oraculo, adhuc agerem, & hactenus, nullo aut parum conſiderabili meritò meô ſubveniſſet.

Meritô igitur tuô maximô, ac multoties exuperante, quantum quidem à naturâ allatum, ab induſtria acquiſitum, & à benignô numine conceſſum gratus ſum; & ſpecimen ejus, non quid posſim, quod perexiguum, ſed quid ſaltem velim, horis ſubſecivis congeſtum inclinatus offerò; enixè petens, ut ſi partum hunc

dignum lumine & nomine tuo judicaveris, prodire gratiosè permittas: ſi minus; per judicium ſecurè integerrimum, ſupprimas, ac meliora & digna expectes. Quidquid enim causâ cognitâ decreveris, favore ubique merum, non meritum aut immeritum cauſæ meæ putabo; quod in præſenti ſpecie facti, propoſitâ reſolutione nihil obſtante, celeberrimè facies; dummodo nihilominus impoſterùm tàm prolixè favere pergas, quàm ego me olim jam totum mancipatum pro tenuitate agnita denuò recognoſco.

Perilluſtris ac Mag^cæ Dominationis tuæ

Perhumilem Servum

ANDR. HERTZOG.

AD LECTOREM.

ACcipe & percipe conatum meum in communi quidem diſciplina, peculiari tamen methodo, ad uſum propiùs applicata; ſi potes benevolè, ſi minus, ſaltem cautè; adeoq; ne temere damnes, quæſo, normam hanc, quam præivit Nobil^mus Vir, ac celeb^mus JCtus Dom. Georgius Franzkius Aulæ Saxo-Gotanæ Cancellarius &c. Utinam ad hunc dum vivus & vividus; ne me quocunq; animi motu rodendo, ipſum etiam rodas, & ſic unus duos ſimul invadas: Ejus verò, quod detractis authorum, quos fideliter laudavi, placitis, meum eſt, liberum ſit Judicium; ſivè æquum ſivè iniquum, dummodo rectum; cum per rerum naturam fieri non poſſit aut debeat, ut vel ſolus, aut plus cæteris facile ſapiam. Proinde per me licet, quicquid libet, ut damnanda, quæ utiq; abundant, candidus damnes, dummodo quantùm poteſt, moderatè; probanda, quæ plerumq; & ubiq; rara benevolè probes; nunquam immemor, quamvis vulgati, tamen celebrati verſiculi:

--- --- --- *quandoq; bonus dormitat Homerus: ut ad ulteriorem, & cum bono* DEO, *& tempore, majorem & meliorem operam pro Reipublica noſtræ juſtitiariæ augmento, tanto alacrior, & tibi viciſſim, ſi libuerit ſcribere, tanto æquior eſſe velim, & humanius poſſim: ac vale plurimum, & me, ubi vacaverit, in puncto utili, feſtinus inſequere.*

Quæſtio principalis & Generalis.

An Judex poſſit gratificari aut favere?

IAm mihi præcavi, lectori præluſi, nolle me occupari in illis, quæ Scholam magis ſapiant, quam forum, adeoque Theoriam magis quàm Praxin, quæ in Viro fori (cum quo mihi præcipuè negotium eſt) meritò præſupponuntur aut præſumuntur. Itaque omiſſis regulis, ex quibus Jus non ſumitur: *Nicol. Vigelius in meth. Jur. Controv.*

trov. de ratione legendi, &c. fac. 1. *col.* 1. *per L.* 1. *ff. de R. J.* etſi in parte cognoſcitur; rem aggredior, præmiſsö tamen præcognitô neceſſariô; favorem in duplici ſignificato audiri poſſe, unô, pro-ut ante omnem hominis cogitationem rebus ipſis agnatus & connatus eſt; aut ſicuti Philoſophi loqui ſolent, qui à parte rei exiſtit ante omnem cogitationem; cujus exempla in alimentis, matrimonio, dote, libertate, Fiſco, &c. videmus; in altero eſt mihi; *humana inclinatio animi in miniſtro Juſtitiæ, quâ præcisè motus pro parte judicat, legibus, quod credit, conniventibus.* Partes deſcriptionis ſcrupuloſius non expendo, tamen lectori meo ſatis apparere ſpero; De poſteriori poſitum thema agit.

Pro affirmativa, extant apud varios variæ nec contemmendæ cùm authoritates, tùm rationes. Nam etſi textu aperto, quantum ego quidem ſcio, fundari non posſit, quod nec factum nôrim, aut legerim, vulgari & ſolenni

tamen

tamen dicterio inſiſtit; meliorem eſſe favorem in Judice, quam legem in Codice: item mutnegra & muruafaciunt rectisſima curua, &c. quæ etſi leviora videantur, contemnenda tamen non ſunt, tanquam erronea, cùm & error Jus faciat. *Joan Bodinus de Republ. lib. 5. c. 2. §. omnia igitur. fol. mihi 849. per L. 3. ff. de officio Prætor: & L. 3. in fin. ff. de ſuppellect. leg. Anton. Faber in Cod. ſuo. l. 4. tit. 15. d. 54. n. 6.* deinde & vulgo (ſumo autem ſub nomine vulgi, omnes illos homines, qui non mediocri ſaltem peritiâ juris, vel ex uſu, aut experientiâ tincti ſunt) perſæpè pro mundi & ſæculi hujus admirabili genio velificandum ſit.

Secundum fundamentum ponitur in experientiâ quotidiana, optimâ alioquin rerum magiſtrâ; quæ proh dolor! nimis inculcat, quàm anxie laborent partes controvertentes in demerendo & attrahendo Judicis affectu; quàm non verbis, non rebus, non corpori, non ſanitati in eum finem, ſubmittendo ſe,

dando, currendo; patiendo, parcant; quæ vana cenſeri non debent, ne pleraque generis humani pars peculiaris imprudentiæ, amplius aliquid non dicam, in manifeſtam contumeliam arguatur. Etſi igitur (quod dictum) affirmativa textu juris fundari non poſſit, gloſſam tamen. 3°. pro ſe habet, *in c. venerabilem. Extra de Electionibus*, cujus authoritas eſt neceſſaria, non probabilis. *Idem Vigel. Meth. Jur. Controv. l. 1. c. 3. de opinionibus Dd. reg. 2.* etſi id ipſum controverſum ſit, *id ibid: poſt diverſos.* Accedunt opiniones Dd: *Jaſonis & aliorum in L. cum prolatus, circa finem ff. de re judic. & in L. diem functo, col. 6 ff. de officio aſſeſſorum, &c.* de quorum authoritate videatur. id ibid. r. 1. ubi refert, eſſe hodie probabilem, etſi olim neceſſaria fuerit; poſt multos alios, cum exceptionibus & replicationibus plurimis, quas ſi libet, licet videre, & conſiderare; ubi ſimul de vi opinionis communis utilia & ſubtilia traduntur: quamvis nec id abſo-

lutè,

lutè, ſed aliquantum adſtrictius & non niſi in cauſis extraordinariis. quæ naturâ ſuâ Judicis arbitrio multum deferunt.

Adſtipulantur (pro Quarto) ipſi directores conſcientiarum, defendentes; poſſe Judicem in conflictu Sententiarum, (qui neceſſario præſupponi debet ad fundandam quæſtionem noſtram) illæsâ conſcientiâ juxta dictamen affectûs pro hac vel illa parte judicare; & quod plus, ſine ullo crimine relictâ probabiliori, probabilem opinionem ſequi; imò, quod maximè conſiderabile, notabile, ac mirabile, pecuniam accipere, & pro dante ſententiam ferre. Fundamenta & rationes harum concluſionum, qui deſiderat & neceſſe habet, penitiùs noſſe, poterit me nihil impediente, imo potius ſuadente, apud DD. Theologiæ moralis exquirere, præſertim recentiùs & nervoſiùs apud Reverendum Patrem Baptiſtam Fragoſo Soc: Jeſu Presbyterum, in Regim: Reipubl: Chriſtianæ. *lib. 4. Diſput:*

 9. n.

9.n.42. ubi pro affirmativa (cùm alioquin nobiſcum ſentiat,) refert rationes ſequentes; quia Judex non teneatur ad alteram determinatè ſed integrum ei ſit, inclinare in favorem unius, omiſsô alterô, cui non eſt ita debitum, ut neceſſariò illi de jure naturæ ſit adjudicandum; Ergò pro illa electione ac determinatione ad hanc potius, quàm ad illam partem, poteſt moderatè pretium accipere. Non enim illud capit pro Juſtitia ſententiæ, ſed pro electione hujus & non illius, per quam electionem non violatur Juſtitia commutativa, neque irrogatur injuria danti pretium. Quæ ſententia eſt probabilis ſatis ex traditis à Leſſio *Lib. 2. c. 14. dub. 9. n. 64. & concinit Suar. lib. 4. de ſimonia, c. 59 n. 14.* conſiderato jure naturæ duntaxat: Eò quia non accipitur pretium pro ſententia, tanquam merces fruitionis, ſed quaſi compenſatio pro commodo alteri parti collocato, & pro illa electione, quæ eſt pretio æſtimabilis. Hactenus P. Fragoſo,

quæ

quæ argumenta à viris graviſſimis adducta, etſi aſpera appareant, conſiderationem tamen merentur, propter fontes profundos, ex quibus ſcaturiunt: quod iis maxime dictum velim, qui diverſam à ſancta noſtra Orthodoxa Romana fidem colunt; quos bene novi, cùm ex colloquiis, tùm ex ſcriptis illorum in his & ſimilibus, quæ actiones humanas, adeoque forum animæ concernunt, non parum diſſentire; quod & ipſum apud eundem, cujus methodum amplexi ſumus, in materia de Juramentis in terminis videre eſt; ita ut ſimiles noſtrorum de. ſiones aut placita illis Paradoxa, imò abſurda, & cum verbo Dei, atque ipſa Juris ratione pugnantia videantur; quàm prudenter, aut ſcitè, ſtando intra limites moralitatis, viderint & propugnaverint ipſi, & nos ſuo loco, ubi vacaverit, accuratè videbimus. Atque hæc ferè ſunt in compendio ea omnia, quæ pro affirmativa dici, allegari, & ſtrui poſſunt.

Ego verò, quantumcunque ſpecioſa, ac

gratioſa, & Judicibus quidem lucroſa argumenta affirmativæ videantur, & in parte ſint, Negativam tamen rationi Juris, & æquitati, præcipuè autem ſaluti publicæ, quæ eſt ſcopus unicus Philoſophiæ noſtræ veræ, nec ſimulatæ magis conformem, & accommodam, etiam probabiliorem, imò neceſſariò à Judicibus iisque inferioribus ſequendam exiſtimo, ideòque firmiſſimè teneo, & quod pariter confido, apud moderatos rerum arbitros, facilè obtineo.

Pro Negativa igitur militant clari textus, qui ſtatuunt; Judicem teneri ſecundum veritatem judicare *L. 3. in fin. C. de Sent. & interloc. L. 14 in pp. C. de Judiciis, auth. qui ſemel. C. quomodo & quando Judex.* Quod ſi verò pro utraque parte (quod contingere poteſt) fundamenta ac rationes appareant, quod juſtius & melius viſum fuerit, ſequendum. *Auth. quod hodie C. de Judiciis.* Magis urget, quod *d. L. 14.* poſt medium ſancitum, & uſu receptum; Judi-

ces cogendos, ut in Leges, aut in defectu legis expreſſæ, in puram adminiſtrationem Juſtitiæ eòdem Juramento ſe obſtringant; atqui Lex etiam dura, qualis iſta non videtur, ſervanda; *per L. proſpexit. 12. ff. qui & à quib manum.* & ècontra, erubeſcendum ſine lege loqui; *per Novell. de trient. & ſemiſſe. §. conſideremus, & L. diſſentientis 5. C. de repud.*

Secundum fundamentum ex ſuperius jam allegato, incomparabili Doctore Vigelio *ibid. fac. 3. col. 2.* ingenuè ac ſine invidia excerpo (quô prudentius melius aut ſalubrius, aliquid dictum aut ſcriptum, hactenus nec aure vel oculo perceperim,) ubi docet; in cauſis extraordinariis & controverſiis de iis exortis nonnulli ſentiunt, poſſe Judicem gratificari amico, & in ejus favorem ſententiam ferre, per ſupra-adductam gloſſam in c. venerabilem, &c: quorum ſententia vera non eſt: Nam utcunque Judex in hujusmodi cauſis & controverſiis plenam habeat poteſtatem decernendi, quod ſibi

vide-

videtur; tamen boni viri arbitrium excedere non debet, nec affectibus indulgere: Siquidem dolus & affectus, ab hoc arbitrio ſemper debet abeſſe. ibid. *per L. Creditor 60. §. Lucius. ff. mandati, & plures alios expreſſos textus.* Proinde in hujusmodi cauſis arbitrariis Judex decernere debet, quod ſibi cauſâ cognitâ veriſimilius & æquius videtur, non quod amico velit gratificari. Si verò omnibus perpenſis ac ponderatis, non ſatis ei, quid vel veriſimilius vel æquius videatur, conſtet: alius gratificandi modus ei à Jure præſcribitur, videlicet ut in cauſis dubiis pro libertate, vel pro dote judicet, *L. quoties. 20. & L. in ambiguis 85. in principio ff. de. R. Jur.* ut faveat repetitioni magis, quam adventitio lucro. *L. in re obſcura 41. ff. eod:* ut humaniorem Sententiam amplectatur. *L. ſi fuerit. 11. §. f. ff. de reb. dub:* hos & hujusmodi alios favores (qui rebus ipſis, ut ex meo aliquid interjiciam, inſunt, & arbitrium juſtiſſimâ juxtà & ſaluberrimâ ratione in partes ſuas tra-

hunt)

hunt) in dubiis rerum quæſtionibus ſequi convenit. Quidquid autem causâ ſic cognitâ & ponderatâ, bonâ fide decreverit, ſive æquum ſive iniquum id ſit, (ſed quomodo, quæso, poſſit iniquum videre aut eſſe, quod tam ſanctâ ratione decernitur?) hoc Jus erit. *L. penult. §. prætor quoq; ff. de Juſtitia & Jur. L. ingenuum 25. ff. de ſtat. hom:* quæ verba auro arabico pretioſiora, omnium Judicum curiis aureô ſtylô inſcribi, imò incidi merentur, ne ulla unquam æſtas ea ex oculis & cordibus ipſorum ſubducere, aut delere valeat. Ego, ut infirmioribus (quantùm quidem licet) inſerviam, omnia genera favorum realium, (nam ita placet indigitare eos, qui rebus connati ſunt, ſicut è contra alterum genus ſub mentalibus venire poteſt) quorum aliquot ſuperius recenſita, in unum, atque id generaliſſimum & ſummum colligam, & ſtatuam; Judici in ſimilibus cauſis, perpetuò illuc collimandum, ut pro ea parte decernat, per quam

ſalus Reipublicæ, aut bonum publicum, (quod privatô infinitis partibus nobilius, deſiderabilius, ſalubrius) vel ſimplicer, aut magis procuratur; idq́ue ex indiſputabili præſcripto Jurium in prioribus adductorum; cum ſagacius perquirenti, & rationem rationis ſciſcitanti, quare pro dote, pro alimentis, pro matrimonio in dubio judicandum ſit, doctius, verius aut melius aliquid reſponderi non posſit, quàm quia exinde major utilitas publica exiſtit, quod profundius conſideranti apparet; nam quæſitâ dote facile invenitur matrimonium, ex quo proles, ex his Cives, quibus repleri Rempublicam, publicè intereſt, eò quòd ubi multitudo civium, ibidem & vigor commerciorum, quibus rerum omnium abundantia cum divitiis paratur, unde fælicitas humana, (abuſu tamen longe relegatô) floridisſimè exuberat.

Tertiò: probatur ſolidisſimâ ratione, ex genuino & ultimato Jurisprudentiæ noſtræ fi-

ne,

Digitized by Google

ne, qui in bono publico per unanimem conſenſum omnium JCtorum ſine ulla contradictione conſiſtit, juxta infallibile dicterium: ſalus Reipublicæ ſuprema Lex eſto, quod melius & certius procurari non poteſt, quàm ſi absque ullo reſpectu & affectu, quem hoſtiliter impugnamus, tota mens Judicis in meritis cauſæ, aut rei, quæ proponitur, unicè acquieſcat, adeoque rectâ viâ incedat, nusquam deflectendo; cum eô ipsô, quô rei favemus, perſonam non conſideremus, & ſic privatô aut minori ſaltem bonô neglectô, in publicum tanquam melius & majus adeoque ſalubrius integerrimè intenti ſimus.

Quartò. Potenter movent mores omnium indiſtinctè gentium, quantumcunque Barbararum; adeoque totius ferè orbis notoriè recepta conſuetudo (de cujus vi & authoritate cum fallentiis ſuis videndus Vigel. noſter *Method. Jur. Controv. l. 1. c. 3. h. reg. 1. usq; ad 6. incluſ:*) quibus introductum, ut qui Juredicun-

do præfecti ſunt, in abſolutam obſervantiam Legum Reipublicæ, ſolemni Juramento adigantur, & quod formula uſitata cantat, procul ab odio & amore judicare teneantur, ergò nunquàm pro affectu, ne dicam pro munere, quod itidem formulæ inſeritur.

Quibus argumentis Negativam validisſimè aſſertam exiſtimo: Contrariam verò pro majori facilitate brevibus ſic impugno; Munus judicum (regalem imò divinam functionem, juxta *Bod. de Repub. l. 4. c. 6. s. at quanti in f. fol. mihi 706. P. Fragoſo ibid. diſp. 1. s. 1. n. 6 & s. 2. n. 21.*) per illam ſuſpectum & contemptibile reddi, cùm pars adverſa, ſi Judex minimum quid, pro officio & motu quantumcunque religioſo (cujus necesſitas, virtus, & ſalubritas in juredicundo incredibilis eſt, ſicut peritis, absque ulteriori probatione ſatis cognitum) fecerit aut omiſerit, humanitùs ſuſpicari poterit (quis enim impediat?) ne prece aut pretio corruptus ſit; quàre utilitati

aut

aut paci publicæ, non video quid magis inimicum exiſtat.

Secundò valde periculoſa & turbulenta eſt; cùm clandeſtina odia, ſimultates, & quæ inde naturali viâ ſequuntur, rixas, perſecutiones, ac quandoque (utinam non ſæpiùs) tumultus, ſeditiones, adeoque bella civilia ſeminare videatur, quod pro viribus cavendum.

Tertiò turpitudinem involuit, dum venalitatem juris arguit; ergò damnabilis eſt ſententia affirmativa, cum alioquin vitiis ſuâmet fœcunditate ubertim pullutantibus, via non aperienda, ſed potius omnis occaſio præcidenda ſit. *per L. locatio 9. §. quid illicitè 5. ff. de publ. & vectigal. poſt Bened. Carpz. in defin. forenſ. p. 1. c. 13, def. 10.*

Reſponſio ad Contraria.

PRimò; Allegata dicteria non poſſe aut debere derogare ſanæ rationi, aut conſtituto juri, vel ex hac ratione, quæ in textu expreſſo fundata eſt, *L. ſed licet 12. ff. de offic. Præſidis.* quod non conſiderandum quidnam humanitùs fiat, (aut vulgus opinetur) ſed potius quid fieri debeat. Ad rationem ex lege deſumptam benè reſpondetur, diſtingvendo inter errorem in Jure & in facto; ac quoad hunc quidem, omnino largiendum; quoad illud autem, negandum, cùm ille ex ignorantia Juris, quæ nocet. *L. 23. §. 2. in f. ff. de fidei commiſ. lib.* hic ex ignorantia facti alieni, quæ eſt excuſabilis, *per ea quæ notantur ad L. 3. ff. de ſupell. leg.* ubi ſcriptum eſt, fieri contingenter, non neceſſariò *Fab. ibid. l. 9. tit. 13. d. 12. per L. ult. ff. pro ſuo:* deſcendat.

Ex-

Experientiam pro alterofundamento poſitam, non abnego quidem, ſed ex eodem malo principio fluere dico; illegitimæ illius impresſionis, quâ vix non credimus plerique, univerſam ac liberrimam Juris & Juſtitiæ diſpenſationem in liberrimo Judicis etiam inferioris arbitrio repoſitam; quod innumeris à nobis in parte ſuperius adductis textibus, authoritatibus, adeoque ipſi ſaniori rationi penitus adverſum, imò turpe, periculoſum, damnoſum, nec ferendum, ideoque cùm pernicioſus error tam profundas & altas radices egerit, tantò magis elaborandum, ut ex animis vulgi, vi etiam majore, ſed eâ ſaluberrimâ eripiatur; quamvis ipſam integritatem judicum, pro quâ pugno, laudatis actibus approbatam, omni aliâ vi, cum ſuavitate efficaciorem facilè admittam.

Quoad Tertium fundamentum affirmativæ ex gl. in c. venerabilem, hauſtum; negatur Gloſſæ tanta vis, ut apertos & ſpeciales pro ne-

gativa allegatos textus infringere poſſit. *Vigel. in præfat. Meth. Jur. controv. §. 1. poſt alios. & per totum ex L. ſi expreſſ. 19. ff. de Appellationib. & alios quam plures textus & authoritates.* Idem ſit dictum, & ſufficiat Jaſoni; imò & diſtingvo; Gloſſam & Jaſonem axaudiendum in caſu, cùm Judex non eſt juratus in Leges, aut ſupra Leges, uti Princeps; ubi aliquid indulſerim probabilitatis, quæ tamen in ſalutem Reipublicæ impingat, ex argumentis ſtringentibus in oppugnatione ſententiæ contrariæ adductis: extra illum conſtanter nego.

Ad Quartum eodem ferè modo reſpondeo; DD. Theologiæ Moralis ita ſentire, abſtrahendo à conſveto juramento, quod Judex in leges præſtitit, & tunc quidem omninò probabiliter; cùm autem apertos textus in contrarium habeamus, intrepidè aſſero, & fortiter defendo; Judicem contra hos ſine manifeſto crimine (quod amisſione officii & bonæ fa-

mæ

Digitized by Google

mæ indubiè expiandum, *Vigel. Meth. Jur. Contr. p. 1. L. 2. c. 24. per totum, ex L. 1. §. ſed. etſi ff. ad L. Cornel. de falſ.* pronunciare nunquam poſſe, juramentò etiam ſepoſitô, ac præſtitô tantò minus; præſertim pro mercede, adeoque per ſordes, cùm etiam is, qui Judici eô in ſe bonô fine donat, ut non niſi ſententiam juſtam ferat, amiſſione cauſæ puniendus veniat; *per clarum juris textum in L. 2. §. 2 ff. de condict. ob turp: cauſ:* ex ratione; quòd talis judicem corrumpere videatur, adeoque ob metum corruptionis, in quo infinitæ Leges ſalubriter fundatæ.

Atque his contrariæ parti, quantum licuit, ſatisfactum, & periculoſam ſimul ac damnoſam affirmativam deſtructam, è-contra verò ſalutarem negativam ſtabiliter aſſertam eòusque exiſtimo, donec meliora à magis oculato apparuerint, quod cum deſiderio ingenti expecto, omni animi obſtinatione animitùs damnatâ, & procul rejectâ.

Sed revocemus etiam, juxta Domini

Franzkii dictamen Theſin ad Hypotheſin; & diſpiciamus, nunquid Judex partem, cui terminus peremptorius præfixus, mox elabendus, de eo præmonere poſſit? & dicamus confidenter, quod nullatenus ſine perjurii nota; ſi legitimè probari poterit, ex fundamentis ſupra deductis, huc repetendis; quibus addamus ſuperfluè, parti alteri jus per ſocordiam hujus in jure (quod vigilantiam amat & præcipit, *L. pupillus 24. ff. quæ in fraud.*) exoſam & punibilem, quæſitum à Judice auferri non poſſe aut debere, cùm id ne Princeps regulariter quidem poſſit. *L. 2. §. ſi quis à princ. ff. ne quid in loc. publ. v. Vigel. in Jur. Controv. l. 1. c. 5. de Imperatore reg.* 110.

Sed quid ſi ex utraque parte favor appareat? Ego prioribus conformiter, illuc, ubi major apparet, inclinandum judico; ideoque ſi alimenta cum dote concurrant, pro illis præciſè judicandum; cùm major ſit necesſitatis vis, quàm utilitatis blandimentum.

Quid

Quid in particulari de Arbitro & Arbitratore ſtatuemus aut ſequemur? De illo docet Menochius de Præſumpt. *L. 2. præſ. 77. n. 7. per L. ſi de meis, al. L. Pomponius §. 1. ff. de Arbitris*, teneri procedere de Jure hunc poſſe aliquid de Jure alterius auferre, ita tamen ut permiſſa ſit reductio ad arbitrium boni viri, quod ipſum repetit. ibid. *Præſumpt: præced. n. 14. usq; ad num. 17. poſt. Dd. in L. placuit. de judiciis.* Sed recenſendo ſolùm, cùm numeris ſequentibus requirat, ut arbitrator ſecundùm æquitatem, atque ita ſecundùm humaniorem juſtitiam pronunciet: Æquitas enim Jus humanius appellatur, quia in arbitratore non creditur adeſſe dolus, nec malitia, frausvè aliqua *ibid. n. 17. poſt Dd. in L. placuit C. de Judiciis.* quæ ſi accuratiùs conſiderentur, commodè conciliari poſſunt; cùm affectus, præcipua impedimenta reddendi Juris, longè jubeant abeſſe. Sed hoc ipſum nunquam aliàs, niſi in cauſis extraordinariis, ſivè quæ arbitrio Judicis à legibus

 permit-

permittuntur, ſicut pluribus demonſtrat ſæpè citatus Vigel. *Method. Jur. Contr. de ratione legendi juris controv. reg. 1. poſt Jul. Clar. exemplo L. quæſitum 13. ff. de Teſtib. & alias cùm L I. tùm authoritates*, quæ quidem regula extra controverſiam ſit; ubi tamen ſubjungit, maximam Juris controverſi partem in arbitrio judicantis relictam; quod & in materia probationum, præſumptionum, in integrum reſtitutionum exemplificat, ac tam doctè, quam nervosè deducit, cum exceptionibus quidem, quas videto, & operosè conſiderato, ob momenta in iis abſcondita, & à paucis obſervata, ubi tandem in ipſam noſtram quæſtionem delabitur.

Quid verò tunc (ut ſupra propoſitum aliquantùm immorer, nec ſine operæ pretio, quod ſpero) ſi quis ſpeciali lege intentionem ſuam, puta actionem vel exceptionem, &c: probaverit, cujus Jus à Dd. in controverſiam trahatur? Nihilominus pro lege ſpeciali in dubio præſumendum, ac pronunciandum, quia à le-

gibus

gibus quantumvis duris, æquitatis velamentô non recedendum, *ibid reg.* 1. *Except.* 2. *per L. proſpexit.* 12. *ff. qui & à quib. manumiſſi, & ibi ſequentes;* item reſpice ad ea, quæ ſupra. Sed & hoc cum Replicationibus ibi ſubſequentibus; inter quas quidem notabilis eſt, 1ma: ſi contraria quoque opinio ſpeciali aliqua lege nitatur; nam eô caſu in legum conflictione, potiùs juxta regulam propoſitam, contra eum judicandum ſit, qui intentionem ſuam in Jure controverſo fundat: Ejus exempla vide ibidem ſi placet. Quod etſi cum mœrore lego & ſcribo, cùm eô ipsô antinomiæ à plerisque JCtis pernegatæ, nec ab ipſo Vigelio eodem tractatu. *L.* 1. *c.* 2. *reg.* 1. *&* 2. penitus rejectæ, ab aliquibus tamen candidè agnitæ, manifeſtò approbentur, nihilominus Vigelii celebrem authoritatem pronus inſequor, quamvis præoptarim, ut, ſicuti in excolenda Juris artè & curando bono publico incomparabilem & vix imitabilem, certè nunquam ſuperabi-

lem operam (quantum ego quidem penetro) navavit, ita etiam in hoc morbo ſalutare remedium ſagaciſſimus inveniſſet aut amantiſſimus aperuiſſet. Cæterùm quamvis exceptio Tertia ſubſequens, quæ in evidenti æquitate fundatur, aliquantò laxiorem poteſtatem Judici tribuere videatur, tamen ſecurus ſum, Vigelium noluiſſe iis, quæ ſuperiùs adducta, contradicere, aut unâ manu extructa, alterâ deſtruere; quæ omnia firmantur generaliter ex eo, quod Fragoſo *d. tract. p. 1. l. 4. diſput. 10. n. 181. in fine per text. in L. ſcire oportet. §. ſufficit. ff. de Excuſ. tutor: poſt Gomezium* ſtatuit, ubi quidem notabiliter ex ſententiâ Philoſophorum additur: quærere legem, ubi eſt ratio naturalis, eſſe infirmitatem intellectûs.

Exceptio Quarta autem omnium maximè eſt memorabilis; de eo, qui non ſimplicem Jurisdictionem, ſed Imperium (ſummum tamen putârim, non merum) habet, Leges pro arbitrio figere ac refigere poteſt: quem lo-

cum

Digitized by Google

cum omninò vide , quia transſcribere nolui.

Colliges Imo ; præcipuè in gratiam eorum, qui in articulis fidei ſive aliquibus, ſive pluribus à nobis diſſentiunt, peritiam Juris noſtri conſcientialis homini Juridico, ſi non neceſſariam (quod ſecundùm quid omninò contendo,) tamen perquàm utilem eſſe, cùm à civili noſtro, uti & canonico, quorum utrumque externam ſolùm honeſtatem reſpicit & procurat, innumeris, iisque magni momenti, & ſangvinem quidem humanum parcisſimè profundendum, tangentibus locis, latisſimè differat; de quo olim forte fuſiùs & particulariùs; quod in ſpecie apud ipſum Franzkium. *Part. I. in reſolutione de Juramento* manifeſtò videre licet; qui præſtantisſimis Theologiæ Doctoribus noſtris contradicere auſus eſt : quàm benè vel malè ; jam non determino ; ſed ſolùm innuo; multa in foro noſtro conſcientiæ admiſſa eſ-

ſe,

ſe, quæ à Jure, quod in præſumptionibus fundatum; *Menoch: de præſumpt. Lib. 1. Præſ. 80. n. 15. per l. ult. C. de fideicommiſſis*, nec enim humanitùs aliter poteſt, cum è contra in foro interno (ubi nobiſcum omniſcii ejusdemque optimi D E I Vicario negotium eſt) ſola veritas attendatur. *Ibid. per c. tua nos, & c. is qui fidem, de ſponſalib.* ſub gravibus pœnis, quæ in foro conſcientiæ non obligant, referente Hanio in obſervatis ad Matth. Weſenb. *Lib. 1. tit. 3. n. 7. circa finem, ex Navarro, & aliis apud P. Fragoſo in Regim. Reipubl. Chriſtianæ. Part. 1. l. 1. diſp. 3. n. 248. & 49. videndis.* & propugnante Franzkio *Reſol. lib. 2. Reſol. 5. n. 49. & ſequentib.* prohibita ſunt. Ex quibus colligendum; Judicem inferiorem tanquam juratum, & ſervum legis, *Vigel. Method: Jur: Civil: p. 1. l. 2. c. 29. r. 3. exc. 21. per L. ſi expreſſim 19. ff. de Appellat. item infra exc. 43. & alios ibid:* à ſententiâ no-

ſtra

ſtra nunquam ſine periculo perjurii recedere poſſe ; Principem verò , qui non tantùm juxta Leges , ſed Legibus ipſis Imperat , poſſe quidem , *c. 2. extra de conceſſione præbendæ* , cùm Princeps animata Lex ſit in terris *§. fin. in Auth. de Conſulibus* , nec objici posſit Principi cur ita faciat. *Spec. in tit. de delegato §. nunc oſtendendum. v. 89. per text. in c. quamvis de pænit. diſt. 1. poſt Bald :* Sed id ipſum tamen quantùm poteſt , providè , & timidè ; atque hoc pro amore boni publici , in cujus obſequium , ut ſolutam legibus poteſtatem ſubmittat , valdè ſuadendum & obteſtandum ; ad ſui ipſiusmet immortalem gloriam & integritatis præcipuam laudem , quam populi amor , (quô mihi magis expetendum) neceſſariò ſequitur , in æternitates comparandam.

2dò. Colligo , nullum etiam , ex his omnibus , qui pars aut particula , Can-

cellariæ ſunt , etiam nuncius , jurati , quod ſupponimus , omnes quicquam in minimum præjudicium partis alterius monere , aut prodere poſſe vel debere ſine perjurio.

Quia verò generaliter loquor , eatenus me declaro , ut Fiſcum alioquin in universum in materia editionum , peculiari privilegiô , ut in multis aliis gaudentem ; *Vigel. Meth. Jur. Civil. p. 1. l. 2. c. 10. q. 3. r. un. exc. 1. per L. ſenatus 3. ff. de Edendo & L. 2. §. 1. ff. de Jure fiſci.* & hic omninò exceptum velim , cui debent omnia ubique archiva & acta aperta eſſe , quod prudentes & boni non diſputabunt ſaltem in Civilibus, de quibus intelligo.

Pro corollario adverte ; unicum nihilominus eſſe caſum excipiendum , quem etiam ipſe noſter Vigelius *in Method. Jur. Controv. L. 1. c. 8. q. 6. reg. 21. poſt Clarum:* cum diſtinctione tamen , quam licet aſpicere,

re, referendo, prioribus nihil impedientibus probat; quò poſſit Judex nullô penitus à parte rei favore apparente, adeoque ex puro amicitiæ motivo gratificari, ſi nimirum homo punibilis Judicis amicus ſit; ut verùm perſtet, nullam regulam eſſe apud JCtos ſine exceptione, quâ occaſione de meo modicè appono id, quod ante multos jam annos (cum in illuſtri Ingolſtadiana diſciplinæ noſtræ operam darem) à me per diſcurſum regerendo oppoſitum, nec à parte oppugnante ſolutum fuerat; ſi nulla nimirum regula ſine exceptione, ergò etiam hæc ipſa regula neceſſariò exceptionem aliquam patietur, ut in regula, aut univerſalitate ſua verificari ac ſalvari poſſit; Cujus rei excuſio, etſi aliquantum ſpeculativa ſit, & Scholam ſapiat, tamen in ipſa Practica etiam utilitatem non obſcuram afferre videtur; cùm omnes univerſi juris regulæ, adeoque ipſæ leges omnes, quot-

quot

quot earum ſunt, quæ quidem non ſpecificè, ſed generaliter definiunt, quarum numerus non exiguus, ſed potiùs pars magna Codicis noſtri, ab iſta quæſtione, & deciſione vim aut lumen expectent, inquo tamen pro hac vice ulterius reſponſum cum ipſa cythara, ſuſpendo.

B. ROMA VITTORIO EMANUEL

FINIS.